

REPÚBLICA DE COLOMBIA



SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, dos (2) de junio de dos mil veintitrés (2023).

Radicado: 050016000207202000245
Procesado: Luis Alfonso Lugo Martínez
Delito: Acceso carnal violento agravado – otro
Asunto: Apelación de Sentencia –ordinaria-
Sentencia: No. 11 Aprobada por acta No. 56 de la fecha
Decisión: Confirma el fallo recurrido
Lectura: Jueves, 8 de junio de 2023

Magistrado Ponente

Dr. LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO

1. ASUNTO A DECIDIR:

Se apresta esta Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la representación judicial de la víctima, en contra de la sentencia del 8 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Doce Penal del Circuito de Medellín, Ant., que absolvió al señor **Luis Alfonso Lugo Martínez** por los delitos de acceso carnal violento agravado y acto sexual violento agravado.

2. CUESTIÓN FÁCTICA

Según relata el delegado de la Fiscalía General la Nación en el escrito de acusación, los hechos que generaron el presente proceso penal ocurrieron en horas de la noche del día 21 de enero de 2020 en la calle 39D No. 39A-2 en el barrio las Palmas de esta ciudad, lugar donde está ubicada la casa de habitación de **Luis Alfonso Lugo Martínez**, su compañera sentimental y la hija de esta D.V.C.V., de 13 años de edad.

Dice el Fiscal que en aquella dirección, en la fecha señalada, se encontraba la menor de edad y su padrastro, quien aprovechó que su compañera sentimental y madre de la niña salió de la residencia para amenazar a D.V.C.V. con un arma de fuego, cogerla por la fuerza, despojarla de su ropa, tocarle la vagina, besarle los senos y obligarla a que le practicara sexo oral. Luego trató de penetrarla por la vagina, pero la menor lo repelió.

3. DESARROLLO PROCESAL

El 10 de febrero de 2020 la Juez 41 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín, en audiencia reservada, por solicitud de la Fiscalía, expidió orden de captura en contra del señor **Luis Alfonso Lugo Martínez**, la cual se materializó al día siguiente y el 12 de febrero de 2020, la Juez Veintinueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Medellín declaró legal el procedimiento de captura del ciudadano. Acto seguido se le formuló imputación por los delitos acto sexual violento agravado y acceso carnal violento agravado (artículos 205, 206, 211 #4 y 5 del C.P.) y se le impuso medida de

aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 19 de marzo de 2020, la Fiscal 114 Seccional, presentó escrito de acusación, el cual correspondió por reparto al Juzgado Doce Penal del Circuito Medellín, quien en audiencia del 29 de mayo hogño celebró dicha audiencia.

La audiencia preparatoria se adelantó el 31 de agosto de 2020 y allí se decretaron las pruebas pedidas por las partes.

El juicio oral inició el 22 de septiembre de 2020 y culminó el 18 de marzo de 2022, fecha en la cual se clausuró el debate probatorio. El 8 de junio de los corrientes se dictó sentido de fallo absolutorio y se dio lectura a la respectiva sentencia, la cual fue apelada por la Fiscalía, el Ministerio Público y el representante de la víctima, siendo sustentada solo por este último.

4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

Adujo el fallador de primer nivel que la prueba arrimada a juicio era insuficiente para emitir juicio negativo de reproche en contra del señor **Luis Alfonso Lugo Martínez**, por cuanto, y en primer lugar, la madre de la víctima no prestó declaración en juicio por acogerse a su derecho de no declarar en contra de su compañero permanente.

En segundo término, señaló que la menor D.V.C.V., si bien acudió al estrado, indicó que no quería declarar y que si bien al inicio de su intervención adujo haber sido objeto de abusos por

el encartado y que este le hizo daño, lo cierto es que la defensa no contó con la posibilidad de ejercer contradicción a esos dichos por cuanto el juzgador no abrió dicho espacio.

Señaló el funcionario que, ante la indisponibilidad de la testigo para rendir su declaración, se introdujo como prueba de referencia la declaración rendida ante el investigador del CTI, donde la niña contó que su padrastro, a principios del 2020, la amenazó con un arma de fuego, le bajo los calzones le tocó su zona vaginal, le chupó un seno a la fuerza y le indujo que le chupara el pene, lo que efectivamente hizo. Empero, señaló el juzgador que esa sola prueba no podría fundar la condena, máxime cuando no hubo corroboración de ese dicho en otros medios de prueba aducidos en el juicio.

En efecto, señaló el *a quo* que ni el relato efectuado a la médico forense ni a la médico del CAIVAS, corroboran los dichos de la menor, pues si bien esta les relató los presuntos eventos acaecidos, lo cierto es que ellos también eran prueba de referencia que impedía emitir juicio de reproche.

Además, ni el técnico que tomó las fotos ni el testigo traído a instancia de la defensa aportaron nada a la revelación de los hechos, por cuanto las fotos eran irrelevantes para este asunto y el declarante de descargo no le constaba de modo directo nada de lo aducido en la vista pública.

En suma, al no existir elementos demostrativos que sirvieran de corroboración a la declaración introducida como prueba de referencia, el funcionario de primer nivel absolvió a **Luis Alfonso**

Lugo Martínez por los cargos formulados por parte del ente acusador.

5. ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El representante de la víctima, luego de hacer un extenso recuento de la actuación procesal y transcribir apartes de las declaraciones rendidas en el juicio por los testigos, así como de la prueba de referencia aducida al debate, señaló que el funcionario de primer nivel incurrió en yerros de valoración de los elementos demostrativos puestos en su conocimiento.

Indicó el censor que fue evidente que hubo un constreñimiento tanto a la víctima como a su madre, que trajeron como consecuencia que ambas se sustrajeran a declarar libremente en el juicio y dejaran a la judicatura y fiscalía con unas pruebas que debieron ser valoradas dentro de un contexto de protección a los intereses de la menor víctima.

Adujo que la prueba de referencia incorporada al juicio debió ser valorada en conjunto con las demás probanzas que, en mala aplicación de la sana crítica, fueron excluidas del debate probatorio por considerarse también prueba de referencia, pero que si corroboraban de forma periférica lo narrado en esa oportunidad por D.V.C.V., lo que implicaba el derruimiento de la presunción de inocencia del encartado y la consecuente emisión de una sentencia de condena en su contra por los cargos enrostrados a lo largo de la actuación penal.

Además, indicó que el testigo de descargo sirvió para corroborar lo dicho por la menor en su declaración inicial por cuanto dio cuenta que la niña antes del 2020 intentó suicidarse.

En consecuencia, solicitó se revocara el fallo absolutorio recurrido.

6. LOS NO RECURRENTES

La abogada del señor **Lugo Martínez** adujo que el *a quo* estructuró su sentencia conforme a lo reglado en la Constitución, la Ley y la jurisprudencia, teniendo en cuenta la prohibición de condenar exclusivamente con prueba de referencia, habida cuenta que en este asunto se carecía prueba directa que permitiera estructurar la condena.

Señaló que en el debate oral no se acreditó la presencia de amenazas o constreñimiento en contra de la menor y su madre, sino que su deseo de no declarar obedeció a no querer recordar lo sucedido para evitar revictimización y al ejercicio legítimo de un derecho, respectivamente.

Además, señaló que todo lo vertido en juicio sobre los hechos materia de investigación fue prueba de referencia que carece de elementos de corroboración periférica, siendo inviable en este asunto emitir un juicio de reproche ante la inexistencia de un conocimiento más allá de duda razonable del delito que edifique un fallo condenatorio.

En consecuencia, solicitó se confirmara la decisión recurrida.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL:

7.1 Competencia.

Esta Sala de Decisión es competente para conocer del recurso de alzada propuesto por la defensa en contra de la sentencia del Juzgado Doce Penal del Circuito de Medellín (Ant.), de acuerdo a lo prescrito en el numeral 1 del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

A tono con las previsiones del artículo 179 y siguientes de la Ley 906 de 2004, estatuto que rige este juzgamiento, la Sala limitará su decisión a los puntos centrales de impugnación y las cuestiones inescindibles a ellos, determinando si le asiste la razón al censor o si, por el contrario, la sentencia proferida por el funcionario judicial de primera instancia debe ser confirmada.

7.2. Problema Jurídico

De cara a los planteamientos que hace el apelante, corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

- ¿Existe en el presente asunto prueba válida que permita edificar un juicio de reproche en contra del señor **Luis Alfonso Lugo Martínez** o, por el contrario, todo lo vertido al juicio constituye prueba de referencia que impide el proferimiento de sentencia de condena, de conformidad con lo preceptuado en el inciso segundo del canon 381 procesal?

Para un mejor análisis de lo expuesto, la Sala comenzará por hacer un breve exordio sobre las formas de introducción de los dichos de los menores víctimas de delitos sexuales al juicio oral y la valoración que debe hacerse de esas declaraciones, para luego adentrarse al estudio del caso en concreto.

7.2.1. Formas de introducción a juicio de las versiones de los menores víctimas en delitos sexuales:

En tratándose de delitos sexuales cometidos en contra de menores de edad, la responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación en materia investigativa tiene una connotación especial, de un lado, por la protección constitucional reforzada que le otorga nuestro ordenamiento jurídico a los sujetos pasivos de este tipo de reatos, en especial para evitar su revictimización y lograr efectivizar sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación; pero, de otro, para la preservación de las garantías procesales del acusado.

Esto implica un delicado ejercicio de equilibrio y ponderación no solo por parte del legislador sino también de los jueces para tratar de encontrar el justo medio, en donde los derechos de los unos no avasallen a los de los otros y, por el contrario, dentro del proceso convivan de la manera más armónica posible, para que las decisiones que se tomen se ajusten en lo posible al valor justicia.

Fruto de esa sesuda ponderación, la Sala de Casación Penal, ya de algunos años atrás, ha habilitado cuatro posibilidades para que las versiones rendidas por los menores sean introducidas a

la audiencia de juicio oral, todas ellas girando en torno al principio *pro infans* y con el claro propósito de prevenir su revictimización.

La primera -- y la evidente dentro de un sistema de justicia regido por la publicidad, la oralidad y la inmediación—consiste en **la práctica del testimonio** directamente en el juicio oral, eso sí con todas las garantías hacia el menor para evitar una afectación sensible de sus derechos.

Ahora bien, en caso de que en el juicio oral haya una retracción sustancial de la versión que la víctima rindió extraprocesalmente, con la debida técnica y ritualidad, establecida con toda precisión por la Sala de Casación, se podrá incorporar en su integralidad el dicho anterior, como **testimonio adjunto** para que el juez al momento de dictar sentencia pueda valorar en su totalidad las dos versiones confrontadas. Dígase que esta es la segunda forma.¹

Una tercera manera de introducir a juicio la versión del menor es **como prueba anticipada** con fundamento en el canon 274 procesal. Obviamente en este caso le corresponde a la Fiscalía la carga argumentativa frente al juez de garantías de demostrar con suficiencia que puede existir hacia futuro una alteración del testimonio, para evitar una victimización secundaria del menor o por la pérdida de la memoria, por diversos factores, entre ellos, debido a la superación del daño psicológico causado o por el simple paso del tiempo. En este tipo de eventos, ineluctablemente debe garantizarse a la contraparte el derecho

¹ CSJ, Rad 52.045 del 20 de mayo de 2020.

de contradicción y ejercerse la practica en presencia de un juez, así como también surge la necesidad de que la misma goce de registro fidedigno para una mejor valoración del juez de conocimiento al momento de adoptar una decisión con base en ese elemento.

No obstante, debe tenerse en cuenta que si al momento de iniciarse el juicio oral, la circunstancia que motivó la práctica de la prueba anticipada no se cumplió o desapareció, el juez podrá ordenar la repetición del testimonio del menor en la vista pública.

La última opción que tiene la Fiscalía es la posibilidad de arribar los dichos del menor rendidos con antelación al juicio como **prueba de referencia**, aun cuando esté disponible físicamente para comparecer a la vista pública. Las tres últimas opciones llevan implícita la necesidad de la no victimización secundaria de la víctima.

En menester señalar que, si bien se encuentra habilitado que el delegado fiscal aduzca en juicio las declaraciones previas del menor víctima, ello al igual que el testimonio adjunto no opera de forma automática, pues al constituirse la prueba de referencia una práctica excepcionalísima de los sistemas penales con tendencia acusatoria y que va en contra del principio de inmediación, su inclusión en juicio debe obedecer a puntuales eventos en los que se debe demostrar la indisponibilidad completa del testigo -cuando este no comparece a juicio por las razones expuestas en el 438 procesal- o su indisponibilidad relativa -que estando el testigo presente en el juicio, por cualquier situación se le imposibilite o dificulte declarar de manera adecuada.-

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SP1790 – 2021, fue categórica al referirse a esta forma de introducción del testimonio anterior del menor, señalando como un claro parámetro de procedibilidad la ocurrencia de circunstancias particulares que pongan al testigo en indisponibilidad relativa, aunado al cumplimiento de los siguientes requisitos que extrajo de la línea jurisprudencial en la materia:

(i) la identificación de la declaración anterior que pretende ser introducida en esa calidad, (ii) la explicación de la causal excepcional de admisión de ese tipo de pruebas, y (iii) la solicitud expresa al juez, en orden a que este, con plena garantía del contradictorio, tome la decisión que considere procedente, lo que, además, genera seguridad sobre las pruebas que podrán ser tenidas como fundamento de la sentencia y facilita a los interesados el ejercicio de la contradicción y la confrontación.

Ahora bien, se tiene que por regla general el escenario propicio para la solicitud de dicha incorporación de la declaración previa como prueba de referencia es la audiencia preparatoria; no obstante, existen eventos donde la causal de indisponibilidad del testigo es sobreviniente en la audiencia de juicio oral. Ante estos eventos, la Máxima Corporación ha previsto que se debe cumplir de igual forma con la ritualidad antes reseñada al interior de la audiencia de enjuiciamiento, donde la parte que pretende aducir la entrevista previa debe identificar la misma, acreditar la causal excepcional de admisión, efectuar una solicitud expresa al funcionario judicial que preside la diligencia, quien indefectiblemente debe correr traslado a la contraparte y

Ministerio Público para que se pronuncie sobre la circunstancia sobreviniente y la admisibilidad del medio de prueba y, con base en ello, adoptar una decisión motivada sobre la inclusión de esa evidencia al debate probatorio².

Véase como la Corte, de forma por demás acertada, ha dictado parámetros específicos para la aducción de las declaraciones previas del menor víctima de delito sexual en la audiencia de juicio oral, debiéndose ceñir tal pretensión probatoria a estrictos parámetros de argumentación de las circunstancias de indisponibilidad del testigo -sea plena o relativa-, así como a la necesidad de estructurar un *petitum* en tal sentido, el cual indefectiblemente y con miras a materializar las garantías de su contraparte debe ser sometido a contradictorio, debiéndose decidir la cuestión por el funcionario por medio de providencia sobre la cual procedan los recursos a que haya lugar dependiendo la orientación de la determinación adoptada.

Solo con el cumplimiento de estos estrictos parámetros, puede allegarse a la actuación las declaraciones previas del menor víctima de delitos contra la integridad, libertad y formación sexuales como prueba de referencia, siendo la consecuencia de la inobservancia de estas directrices, la exclusión del acervo probatorio de las entrevistas que se pretenden aducir en esa calidad y la imposibilidad que el juez pueda valorarlas al momento de edificar su decisión de instancia.

De otra parte, es menester aclarar que la incorporación excepcional de una declaración previa como prueba de referencia

² Cfr. Sentencias con radicados 52.045 del 20 de mayo de 2020, 51535 y 49360 del 12 de mayo de 2021, 53239 del 2 de junio de 2021.

en casos de abusos sexuales contra menores, no significa una excepción a la tarifa legal negativa del artículo 381 del C.P.P. en el entendido de la imposibilidad de estructurar sentencias de condena con pruebas de este tipo.

Ahora bien, estudiadas estas maneras de introducción de los dichos del menor a la audiencia de juicio oral para ser valorados como prueba, se tiene que de cara a la discrecionalidad que le asiste al Fiscal para aducir en juicio las versiones de los menores víctimas de reatos sexuales, la máxima Corporación en la sentencia del 20 de mayo de 2020, fue clara en advertir:

2.3 Es una facultad de la Fiscalía elegir cuál de los mecanismos referenciados utilizará para llevar al Juez el conocimiento de los hechos y, particularmente de la narración de la persona ofendida. Para tal fin, el funcionario, en la estructuración del caso y de su estrategia de litigio, debe considerar las variables que puedan incidir en la probabilidad de éxito de la pretensión acusatoria, entre ellas, (i) las circunstancias particulares de la víctima y la mayor o menor probabilidad de su revictimización en caso de concurrir al juicio; (ii) la existencia de pruebas, distintas de la narración del ofendido, que puedan demostrar su teoría del caso; (iii) la previsibilidad de que la víctima se retracte de su dicho en la vista pública.

A modo de ejemplo, si se puede avizorar que no existen pruebas que puedan corroborar, aun periféricamente, el dicho de la menor, la alternativa de comunicar su versión de los hechos como prueba de referencia aparece inconveniente, en tanto la viabilidad del fallo de condena quedará truncada por la tarifa legal negativa de que trata el artículo 381 de la Ley 906 de 2004; en similar sentido, si la víctima ha cumplido la mayoría de edad para el momento del trámite judicial y exhibe menor riesgo de sufrir revictimización de concurrir al juicio, se presentaría como una alternativa más

plausible convocarla como testigo a esa diligencia para que rinda testimonio.

En todo caso, cualquiera que sea el mecanismo probatorio que, en últimas, elija la Fiscalía para sacar adelante su pretensión, resulta irrefutable que debe agotarse con el cumplimiento de los requisitos formales y sustanciales que la legislación procesal prevé para cada uno de ellos. La prevalencia del interés superior de niños, niñas y adolescentes y la aplicación del precitado principio *pro infans* no comporta la supresión de las garantías de la persona investigada ni la reversión de los principios nucleares del debido proceso probatorio:

«Es cierto que los derechos de los niños son, por mandato constitucional, prevalentes (artículo 44), y que los menores víctimas de delitos sexuales tienen derecho a que, dentro del proceso penal respectivo, se adopten en su favor medidas de protección efectivas que garanticen sus intereses, no obstante, esa salvaguarda no puede llegar al extremo de hacer nugatorias las garantías del procesado y menos a la obligatoriedad de emitir una sentencia condenatoria en su contra.

(...)

Ello... “...negaría la razón de ser del proceso, entendido como escenario dialéctico al que comparecen las partes con el propósito de demostrar las teorías factuales que han estructurado en la fase de preparación del juicio oral, según las reglas definidas previamente por el legislador, que abarcan, entre otras cosas, los requisitos para que una prueba sea admitida, el estándar de conocimiento que debe lograrse para la imposición de la sanción penal, e incluso algunas prohibiciones, como la de basar la condena exclusivamente en prueba de referencia” (Cfr. CSJ SP2709-2018, rad. 50637)» .

Así las cosas, deviene diáfano que cualquiera que sea la opción que utilice la Fiscalía para aducir los dichos del menor, siempre debe haber un respeto por su interés superior, sin que ello pueda constituir un avasallamiento a los derechos del procesado ni al desconocimiento de las formas propias del enjuiciamiento criminal en Colombia. La anulación de los principios probatorios establecidos en el código de procedimiento penal ni mucho menos, tal como se dijo en precedencia, el desconocimiento de la prohibición de estructurar sentencias de condena solo con prueba de referencia, como manifestación de una errónea y desfasada política represiva en materia de delitos sexuales.

7.2.2. De la valoración de las declaraciones de los menores víctima de violencia sexual:

Lo primero que ha de señalarse es que como suele suceder en estos casos de abuso sexual, la prueba siempre es exigua en razón de los escenarios de privacidad o si se quiere de soledad que son aprovechados por el victimario para satisfacer sus apetencias libidinosas y que muchas veces la agresión no deja huellas en el cuerpo de la víctima, el testimonio de esta adquiere una importancia sustantiva en el esclarecimiento de los hechos, como quiera que es la persona que de manera directa no solo percibe sino que vive en carne propia la acción delictual.

No obstante lo anterior, a pesar de la importancia que reviste el testimonio de la persona ofendida en estos precisos eventos, es lo cierto que su valoración tiene que ser muy estricta en lo que tiene que ver con la coherencia, consistencia, objetividad y credibilidad para evitar condenas injustas.

Respecto a la valoración del testimonio de los menores, inicialmente la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia fue un tanto reticente frente a su credibilidad pues se alegaba una cierta inmadurez mental de aquellos, lo que afectaba su percepción real de los hechos.

Posteriormente, la misma Corporación sostuvo que, a partir de investigaciones científicas, era posible concluir que el dicho del menor, por la naturaleza del acto y el impacto que genera en su memoria, adquiriría una gran credibilidad cuando es víctima de abusos sexuales.

La jurisprudencia actual de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia se ha ubicado en un punto intermedio, al establecer que lo que corresponde al juez en cada caso es valorar tales dichos bajo el tamiz de la sana crítica, integrándolas con los demás elementos de convicción. Ese cuidado especial permitirá no caer en los extremos de postular que los niños por su escasa capacidad o desarrollo cognitivo son fácilmente sugestionables o se los puede utilizar como instrumentos para alterar la verdad o, de otro lado, que nunca mienten y que por eso debe creérseles a pie de juntillas sus relatos³.

Y es que esto no es nada nuevo, porque de tiempo atrás, en decisión del 23 de febrero de 2011, radicado. 34568, la alta Corporación indicó que como cualquier testigo, los dichos de los menores deben examinarse de forma imparcial y sin prejuicios siguiendo los lineamientos del artículo 404 de la Ley 906 de 2004

³ Cfr. CSJ. SP. del 30 de enero de 2017, Rad. 42656.

en cuanto a la naturaleza del objeto percibido, el estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contra-interrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.

También en sentencia del 11 de mayo de 2011, radicado 35080, advirtió que: «lo que se debe entender superado es esa especie de desestimación previa que se hacía de lo declarado por los menores, sólo en razón a su minoría de edad. Pero ello no significa que sus afirmaciones, en el lado contrario, deban asumirse como verdades incontrastables o indubitables».

En estas condiciones, para el análisis de la veracidad del testigo, el juez debe tener en cuenta la consistencia interna de la declaración, para lo cual se asirá de los aspectos ya señalados del artículo 404 y, agrega esta Sala, la verosimilitud de la versión; pero también la valoración debe contener un análisis de consistencia externa que tiene que ver con la armonía y coherencia que guarde el relato con las demás probanzas llevadas a juicio.

Desde esta perspectiva, el testimonio de la víctima, así sea insular y sea cual sea su modalidad de introducción a juicio, si pasa estos dos filtros de valoración (consistencia interna y externa o periférica), puede sin ningún inconveniente, ser fundamento de una sentencia, tal como en infinidad de veces la Corte lo ha sostenido:

“No se trata de que ineluctablemente exista pluralidad de testimonios o de pruebas para cotejarlas unas con otras como si solamente la convergencia o concordancia en las aseveraciones fuere la única manera fiable de llegar al conocimiento de lo acontecido o como si necesariamente toda prueba tuviera que ser ratificada o corroborada por otra.

Es que en el caso del testimonio único lo relevante, desde el punto de vista legal y razonable, es que existan y operen los criterios de apreciación previstos en el artículo 277 de la Ley 600 de 2000 (hoy 404 de la Ley 906 de 2004, agrega esta sala).

2. Con tales referentes es por igual factible llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia de la respectiva prueba, pues purgado el testimonio único de sus eventuales vicios, defectos o deficiencias nada imposibilita que se le asigne un mérito suasorio tal que sea por sí mismo suficiente para sustentar una sentencia.

En dichas condiciones esa clase de medio de convicción no pierde su valor sólo porque sea único, acaso no lo adquiriera si confrontado con esos criterios el juzgador llegue a la conclusión de que no ofrece certeza.

Así, siendo esa la idea central a la que se reduce el cuestionamiento del libelista porque le resulta insuficiente que con la sola versión de la víctima se condene a su prohijado, olvida sin embargo que el sistema de valoración probatoria en materia penal no está sustentado en una tarifa legal, sino en la libre y racional persuasión, de suerte que el grado de veracidad otorgado a un hecho no depende del número de testigos que lo afirman, sino de las condiciones personales, facultades de aprehensión, recordación y evocación del declarante, de su ausencia de intereses en el proceso o de circunstancias que afecten su imparcialidad y demás particularidades de las que pueda

establecerse la correspondencia y verosimilitud de su relato con datos objetivos comprobables.⁴

Ahora bien, en decisión emitida recientemente por la Sala Penal de la Corte Suprema, en punto a la valoración de los testimonios de los menores víctimas de delitos sexuales, se reiteró la anterior postura en los siguientes términos:

“3.2.4. De otra parte, la Corporación no advierte la necesidad de superar los defectos de la demanda en orden a unificar jurisprudencia, porque en las providencias traídas a colación por la actora no se evidencia contradicción en punto de la valoración del testimonio de los menores víctimas de delitos sexuales. Si bien, en la sentencia SP3989-2017, radicado 44441, se otorgó credibilidad a lo dicho por el menor, ello no obedeció a un imperativo legal o jurisprudencial, **sino como consecuencia de examinar su declaración a la luz de las reglas de la sana crítica:**

Se dirá que la credibilidad concedida en esta sede al testimonio de la ofendida podría ser el producto de privilegiar injustificadamente su versión. Ello no es así: **la Sala no desconoce que, como cualquier otra prueba, el testimonio del menor de edad, víctima de abuso sexual, debe ser sometido a las reglas de la sana crítica, en el entendido de que las posibles falencias sicoperceptivas de la fuente no le impiden verter un relato claro, detallado y ajustado.**

En este sentido, la Corte ha dicho que: **“la declaración del menor está sujeta en su valoración a los postulados de la sana crítica y a su confrontación con los demás elementos probatorios del**

⁴ C.S.J., Sala de Casación Penal, Rad. 27973 del 5 de septiembre de 2011.

proceso, sin que se encuentre razón válida para no otorgar crédito a sus aportes objetivos bajo el pretexto de una supuesta inferioridad mental” (Cfr. CSJ SP 26 en. 2006, rad. 23706, reiterada en sentencia del 2 de julio de 2014, rad. 34131).

La postura anterior encuentra su justificación en que: “cuando se asume su valoración no se trata de conocer sus juicios frente a los acontecimientos, para lo cual sí sería imprescindible que contara a plenitud con las facultades cognitivas, sino de determinar cuan objetiva es la narración que realiza, tarea para la cual basta con verificar que no existan limitaciones acentuadas en su capacidad sico-perceptiva distintas a las de su mera condición, o que carece del mínimo raciocinio que le impida efectuar un relato medianamente inteligible; pero, superado ese examen, **su dicho debe ser sometido al mismo rigor que se efectúa respecto de cualquier otro testimonio y al tamiz de los principios de la sana crítica**”.⁵ – *Negrilla propia*–

Precisamente, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 43866 del 16 de marzo de 2016⁶, hizo referencia a unos criterios objetivos para el análisis de la veracidad del dicho del menor en punto a la existencia del hecho y la responsabilidad del autor en los delitos contra la libertad sexual y la dignidad humana:

“Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente

⁵ Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, radicado 52170 del 27 de junio de 2018.

⁶ SP3332, M.P. Patricia Salazar Cuellar. Posición reiterada en otras decisiones posteriores, entre esas, la más reciente, la sentencia 55957 del 12 de febrero de 2020.

exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros.”

7.2.2. Análisis probatorio del caso concreto

Traídos los anteriores conceptos al caso en concreto, deberá la Sala determinar, si las pruebas aducidas a juicio tienen la entidad suficiente para poder edificar una sentencia de condena en contra del señor **Luis Alfonso Lugo Martínez** o si, por el contrario, todo lo que reposa en el plenario es prueba de referencia que impide superar la tarifa legal negativa de condena instituida en el inciso 2 del artículo 381 del C.P.P.

Fue así como la Fiscalía trajo a juicio a la menor D.V.C.V. quien al momento de entregar su testimonio manifestó ante la judicatura que no quería declarar por cuanto quería dejar en el pasado lo que le había ocurrido con el señor **Lugo Martínez** sobre un intento de abuso, llegando al punto de preguntar al juez si podía retirar la denuncia.

Frente a esta situación, conviene para la Sala precisar que ningún tipo de valoración puede hacerse sobre ese conato de declaración de la menor en juicio, por cuanto y en primer término, la expresión “abuso” usada por la niña, es en todo ambigua y no permite establecer a qué tipo de abusos se está refiriendo.

Pero si ello no fuera suficiente, esta manifestación primaria de la víctima no pudo ser sometida a contradicción en el ejercicio del examen cruzado de testigos, situación que es inescindible a la práctica de una prueba en juicio para que, válidamente, sea considerada al interior del acervo probatorio.

En consecuencia, dada esa actitud de la menor, la Fiscalía solicitó el ingreso de una entrevista rendida en el CAIVAS como prueba de referencia para ser aducida en el juicio oral, lo que efectivamente se hizo por medio del investigador encargado de tomarla.

Es menester anotar que si bien para la aducción de esa prueba de referencia no se dio traslado inicial a la contraparte para que manifestara su acuerdo u oposición a la admisibilidad del elemento, lo cierto es que tal yerro quedó subsanado cuando el juez le dio la oportunidad de promover recursos y con la posibilidad de conainterrogar al investigador del CTI con quien se introdujo esa entrevista.

Así, se tiene que acudió a la vista pública el investigador que tomó la declaración inicial, reproduciéndose en audiencia pública los

videos contentivos de esta y en la cual, en un primer video, se tuvo que la menor D.V.C.V., visiblemente calmada y sin afectaciones indicó sobre unas amenazas que recibió por cuenta del acusado, donde adujo que este le puso una pistola en el pecho y que, posteriormente, le envió mensajes donde le decía que ella era solo para él y que si le pasaba algo cobraría venganza con su madre y ella, dándose por terminada la entrevista con esa información.

Luego de transcurridas pocas horas, la menor retornó donde el entrevistador para decirle que quería contar otras cosas, notándose visiblemente afectada y afligida, comenzando por relatar que ese día en que fue amenazada con el arma de fuego, el señor **Lugo Martínez** procedió a entrar a su habitación, bajarle la blusa y los pantalones para luego chuparle un seno, tocarle la vagina y obligarla a que le hiciera sexo oral, lo que efectivamente hizo; acto seguido la intentó penetrar por la vagina con su pene pero esta repelió el ataque, situaciones que ocurrieron en el mes de enero sin recordar el día exacto, pero que ello acaeció a eso de las 9 o 10 de la noche mientras su madre llevaba a la tía de la menor al terminal.

En su declaración, el investigador del CAIVAS señaló que en la primera entrevista la menor estaba tranquila, pero que en el segundo momento estaba afligida y con un llanto recurrente mientras hacía la revelación.

En esencia, el único dicho incriminador con el que se cuenta en la presente actuación es la declaración previa de D.V.C.V.

introducida como prueba de referencia, la cual por sí misma es insuficiente para edificar un juicio de reproche en contra del encartado por la expresa prohibición legal estipulada en el inciso final del canon 381 procesal. Por ello, es necesario analizar si en las restantes probanzas existe algún medio de corroboración periférica o prueba indirecta que permita edificar la condena en contra del procesado.

Se tiene, entonces, que a juicio acudió la médico Yesica Díaz Casas, quien realizó valoración sexológica a la menor, cuya declaración en juicio y contrario a lo planteado por el apelante, no permite corroborar el dicho incriminador en tanto constituye mera prueba de referencia, por cuanto el conocimiento que tiene de los hechos lo fue del relato que hizo la menor en la respectiva anamnesis, además de que tampoco se conservó la ritualidad para introducir este tipo de probanzas; pero, además, ningún valor probatorio adicional tiene su declaración, habida cuenta que no entregó detalles de cómo notó a la niña en la consulta o cualquier dato adicional que sirviera para corroborar la veracidad de lo dicho en la entrevista previa.

Situación similar ocurre con la declaración del encargado de fotografiar el sitio de los hechos, esto es, Edison de Jesús Jaramillo Aguirre, quien solo acudió a juicio para introducir unas fotografías que poco o nada respaldan el dicho incriminador. Si bien esto dio una mejor observación de la casa donde ocurrieron los presuntos vejámenes, lo cierto es que ello no sirve para dar solidez a la incriminación de la menor.

Ahora, si bien el investigador que tomó la entrevista introducida como prueba de referencia señaló que la menor en la segunda sesión se encontraba quebrada en llanto y se mostró visiblemente afectada, esta cuestión no puede servir de medio de corroboración periférica a la incriminación en tanto no se tiene claridad sobre la circunstancia que generó tal afectación en la menor.

En efecto, el mismo testigo fue diáfano al señalar que en la primera entrevista –en la que negó la ocurrencia de los abusos-D.V.C.V. estaba totalmente tranquila y decidió dar su versión en soledad, esto es, sin presencia de su madre, donde se denota que existió un dialogo fluido y marcado por la tranquilidad, sin que la menor enseñara asomos de tristeza, estrés o preocupación.

No obstante, al momento de que la menor abandona el sitio de la entrevista y va con su madre, esta retorna donde el entrevistador quebrada en llanto y con un relato abiertamente distinto al que inicialmente entregó, ahora pone de presente las incriminaciones que pretenden soportar la condena.

Este panorama, genera para la Sala una incertidumbre sobre el real motivo de afectación de la menor en ese segundo momento de la entrevista, en tanto si bien puede correlacionarse con la recordación del evento traumático, también puede tener otra génesis externa distinta a la antes referida.

En consecuencia, esa situación es abiertamente insuficiente para servir como medio corroborativo exógeno a la declaración inculpativa de la víctima.

Si ello no fuera suficiente, el tema traído por el apelante atinente a una amenaza para que la víctima y su madre no declararan es un argumento en todo especulativo, por cuanto el único conocimiento que se tiene de una amenaza en contra de la menor no obedeció a su acercamiento al juicio, sino, como tal lo manifestó en la primera entrevista, a un acto derivado de una rara sobreprotección que su padrastro le daba respecto del hecho de que la menor compartiera con otros sujetos del sexo opuesto, sin que se lograra acreditar la coacción o constreñimiento para que estas se relevaran de su deber a declarar en la vista pública.

Tampoco el testimonio del señor Harold Alexis Pérez Ruiz puede servir como prueba de corroboración. Véase que si bien este sujeto afirmó que la menor intentó acabar con su vida, lo cierto es que el hecho no le constaba de forma directa, pues lo escuchó de su madre y del procesado. Además, si en gracia de discusión se aceptara su anotación sobre el intento de suicidio de D.V.C.V., no se tiene certeza de que si ese evento ocurrió antes o después de la ocurrencia de los abusos denunciados en esta causa penal.

En suma, dado el panorama que muestra las pruebas arrojadas a esta causa, factible es concluir que no existe un medio de prueba directo que permita edificar una sentencia de condena en contra del señor **Lugo Martínez** por cuanto todas las probanzas

aducidas a juicio son mera prueba de referencia que contravendría la tarifa legal negativa de condena instaurada en nuestra sistemática penal y dejan en el espectro de la duda probatoria no solo la materialidad de la conducta sino, además, la responsabilidad del procesado en ella, como con acierto lo hizo notar el *a quo* en el proveído recurrido, siendo pertinente confirmar el fallo objeto de recurso.

8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Constitución Política,

8.1. RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 8 de junio de 2022, proferida por el Juzgado Doce Penal del Circuito de Medellín, Ant. En la que se absolvió al señor **Luis Alfonso Lugo Martínez** por los delitos de acceso carnal violento y actos sexuales violentos, ambos agravados por las razones que se expusieron en las consideraciones de la presente decisión.

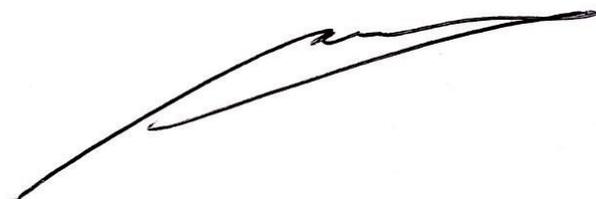
SEGUNDO: La presente decisión es susceptible del recurso de casación en los términos de ley.

TERCERO: Ejecutoriada la presente decisión remítase al juzgado de origen para lo de su cargo.

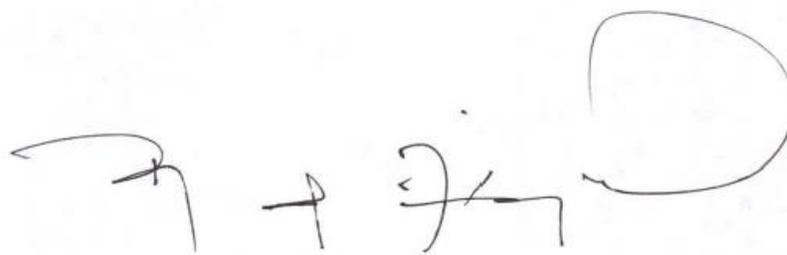
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LEONARDO EFRAÍN CERÓN ERASO
Magistrado



RICARDO DE LA PAVA MARULANDA
Magistrado



RAFAEL MARÍA DELGADO ORTIZ
Magistrado